

# 西ドイツ行政裁判所 ——その任務と構成——

藤谷豊松

まえがき

第一節 行政裁判所の任務

第一款 序説

第二款 公法上の争の概念

第三款 憲法上の争の概念

第四款 中間判決

第五款 行政訴訟の排除

第二節 行政裁判所の構成

第一款 序説

第二款 裁判官

西ドイツ行政裁判所(藤谷)

1	裁判官	2	兼任裁判官	3	補助裁判官	4	名誉裁判官
第三款	連邦公益弁護士（公益代理人）						
第四款	証書官（書記官）						
第三節	裁判所の権限						
第一款	序説						
第二款	適法性の審査						
第三款	裁量権の審査						
第四款	判決						
第五款	規範統制						

## まえがき

憲法の歴史は公権力の乱用によって権利および自由が侵害されることを防止せんとする人民の「たたかい」の歴史である。一二一五年イギリス人民によってはじめられた権利闘争が、法による支配の萌芽を獲得して以来、長い苦しい「たたかい」を経て人民は公権力の乱用から自己の権利を護ることに不完全にはあるが成功を収めている。近代憲法が人権の保障に関する規定と、それを保証するための権力分立の政治組織に関する規定を、二つの柱としているのはその闘争の成果である。

しかし憲法は政治の指向する理念のプログラムである。それ故に国政を行なう機関が憲法（法律）に従って構成され、国政が憲法（法律）に従って行なわれることが人権の保障にとって必要欠くべからざる要件である。けれどもこの様な法的規定がその実際の効力をもつためには、自然人の行為に誤りあると同様に国家の行為にもそれを行なうものが究極的に自然人である限り誤りなきことを保証しえないから、国家機関による不当、不法な公権力の行使によって侵害された権利、自由の救済を計ることもまた人権の保障にとって必要欠くべからざる要件となる。

行政権の乱用によって侵害された権利、自由の救済の制度としては行政権による自主的監督的な救済と、司法権による司法的救済とがある。しかも、司法的救済についてもこれを行政裁判所に管轄せしむるものと通常裁判所に管轄せしめるものとの二つがある。我が国は後者に属し西独、仏は前者に属する。

本論文では前者に属する西ドイツの現行行政裁判所法— *Verwaltungsgerichtsordnung vom 21 Januar 1960 (BGBl. I S. 17)*—にもとづいて行政裁判所の任務、権限、構成等について若干の考察を加えることで学生諸君の行政裁判についての知識をより深めることを目的としている。

## 第一節 行政裁判所 (das Verwaltungsgericht) の任務

### 第一款 序説

行政裁判所（行政裁判所の語は連邦行政裁判所—— *Bundesverwaltungsgericht*、州上級行政裁判所—— *Oberverwaltungsgericht*）

esgericht' および州行政裁判所の三者を包括的に示す意味に用いられる)の任務は公権力の違法、または不当な行使による侵害から人民の権利、自由を保護することにある。

行政裁判所法 (VwGO) 四十条一項は「連邦法律 (州法の領域における公法上の争については州法) によって明確に他の裁判所に指定されざる限り、憲法上の性質をもたないすべての公法上の争に行政訴訟が与えられる」と規定している。行政裁判所の任務は司法の分野に限られている。

行政裁判所の管轄に属するおびただしい数にのぼる公法上の争の中で、行政行為の適法性に関する争が特別に問題となる。それ故この点に行政裁判所の重要な任務がある。

権利の保障は公権力による不当、不法な侵害に対してなさるべきであり、この保障は同法が概括条項を採用することによって行政の全領域にわたって保証されている。しかしこの任務を遂行するためには、司法的行為の執行のためにのみ活動できるということが重要である。レオニングが述べているやうに行政裁判は他の方法をもって行なわれる積極的行政であるという見解、およびペーターの説く「……行政裁判所は裁判の形式をもって行なわれる行政行為である……」という同様な意見は行政裁判所の概念としては正当なものではない。

行政裁判所の主たる任務は判決を行なうことである。行政裁判所は具体的な争いについて判定を行なう。この行為は決して行政行為とは考えられない。異議を申立てられた行政行為の無効の確認、または違法、もしくは不当な行政行為として取消、或は行政行為の不作为を違法、不当なものとしてなされるその行政行為の着手の義務付け等の宣言は、その性質から見て行政行為にあたらない。しかし行政裁判所法四十条が概括条項を採用したことによって行政裁

判所への出訴がすべての公法上の争いに認められたことは、ボン基本法十九条四項<sup>註一</sup>の権利保障の程度を超えて行政訴訟の途が開かれたことになり、それだけ行政裁判所の任務が重要性を増したことになる。

## 第二款 公法上の争い (öffentlichrechtlichen Streitigkeit) の概念

行政裁判所法四十条は、裁判所構成法十三条に対応するものである。

裁判所構成法十三条により民事上の争いおよび刑事に関する訴訟は、原則として通常裁判所に帰属する。一方行政裁判所法四十条によれば憲法上の性質をもたないすべての公法上の争いに対しては原則上行政訴訟 (Verwaltungsrechtsweg) が許されている。この二つの法律には行政裁判権と通常裁判権との原則的な限界が明白に規定されている。それにもかかわらず民事訴訟の範囲と公法上の争の限界とは、往々にして明確さを欠いている。現在までの研究からは公法上の争いと、民事上の争とを区別するための確実な判断の基準となるやうに両者を定義づけることは殆ど不可能である。この問題の解決は常に具体的な事件に対する判決と学説に委ねられている。

公法と私法を分けて考察せんとする所謂二元説が通説である限り、行政行為の取消、または不作为にかかわる行政行為の執行の義務付け訴訟が、公法上の性格をもつことは明白である。

ある具体的な争いの法的性格に関する疑いは前述以外の争い (行政行為の合法性、行政行為の不作为の合法性) についてのみ生ずる。学説および判決<sup>註二</sup>において常に述べられている見解によると、個々の事件において私法上の争いが問題となっているのか、或いは公法上の争いが問題となっているのか、どうかの問題の解決の基準となるものは請求権、



またはその他の権利の請求権の基礎となる法律関係であつて、財産権上の請求権ではない。

この見解に従うならば、法律関係において特定の個人が国家、または他の公共団体の権力に隷属することによつて、その個人がこれらの公権力、またはその所有者、或いはそれと同等の権力の所有者に対して服従者の地位にあるとき、その法律関係は公法上のものである。しかし互に服従関係にある者同士の法律関係、特定の個人が国家、または公権力の所有者に従属することによって直接影響を受けない法律関係は私法上の法律関係である。

しかし公法的な性格は前述の特徴をもつ法律関係にのみ特有なものとは考えられないからこの見解は適切ではない。公法上の法律関係の概念規定に当つては、服従関係は全く同等の権利を有するもの同士が当事者となる公法上の法律関係、たとえば福祉団体間の法律関係（人間関係）および公法上の契約にもとづく法律関係も公法上の法律関係であるから公法上の法律関係を構成する唯一の要素ではない。それ故公法上の法律関係の定義は前述の見解よりも一層広く構成されねばならぬ。

法律関係の特色をなす当事者の相反する権利、および義務が公法上の法律規範から生ずる場合の法律関係は公法上のものである。公法にもとづく権利の根拠が争われる場合、或いは公法上の法規範にもとづいて主張され、かかる規範から演釈される権利の存在が争われる場合には公法上の争いが存在する。（Bayer 行政裁判所一九五三・六・二六日）財産権上の主張、或いは非財産権上の主張（請求）が問題となっているか、どうかは争いの性質を示すためには重要ではない。このようにして得られた公法上の争いに関する定義は公法の概念を自己の概念のメルクマールとしてとり入れることを余儀なくされる。しかしこのメルクマールをなす公法の概念、および公法と私法の区別に関する問題は

法律学上未解決な問題であるから、なお不完全たるを免れない。<sup>註三</sup>

### 第三款 憲法上の争い（Verfassungsrechtlichen Streitigkeit）の概念

行政訴訟は憲法上の性格をもつ公法上の争いについては許されない。

連邦憲法および州憲法の解釈、並びにその運用に関する争いは憲法上の争いである。この場合の憲法は形式的意味の憲法、即ち基本法のみならず憲法的法規定の全体——そのうちのあるものは基本法の一部をなすものとして基本法以外の法形式で制定される——を含むものと解される。

これに加えてここで憲法とは成文法のみならず、それに関連する一般原則、および指導理念（不文法）等から成立する実質的意義の憲法のことである。それ故、たとえば選挙に関する争いは憲法上の争いである（南独行政裁判法二十二条一項、Düneberg 上級行政裁判所一九五〇・六・一九日）。公共機関内部の争いは憲法上の争いではない。（同一九五・一一・八日）。

憲法上の争いについては連邦においては連邦憲法裁判所、各州においては国事裁判所、または憲法裁判所が裁判を行なう。<sup>註四</sup>

### 第四款 中間判決

行政訴訟において宣言されるべき判決が民事上の先決問題に依存する場合には行政裁判所は判決の中で附带的にそ

の先決問題について決定をなすことができる（munster 上級行政裁判所一九五〇・二・二八日）。また反対の場合には民事裁判所が公法上の先決問題につき、中間判決を行なう権限をもつ。

しかし民事裁判所は行政行為の適法性につき中間判決をなす権限を有しないことは明白である。中間判決は判決の確定力には効果を及ぼさない（（民訴三））。判決の一部、または全部が他に係属中の訴訟の訴訟物となっている法律関係の存否に依存する場合には、裁判所（従って行政裁判所を含む）は中間判決を止め、法律関係が問題となっている訴訟が判決にいたるまで訴訟手続を中止することができる（（九四・民訴）  
（法一四八条））。

### 第五款 行政訴訟の排除

連邦の法律によって訴訟が一般の行政裁判権の帰属しない他の裁判所（民事・労働・社会・および財政裁判所等）の管轄に指定される場合には、公法上の争いについて行政訴訟の提起は許されない（（四十条一）  
（項一段））。たとえば公共の福祉に対する供儀行為、および公法上の拘禁等から生ずる財産権上の請求、並びに公法上の義務の違反にもとづく損害賠償請求、公用徴収の補償額、公営企業にもとづく報酬額、並びに国営企業法にもとづく徴収に対する補償、或いは代替工事、および連邦法の規定による自由の剝奪についての決定は民事裁判所の管轄に属し、行政裁判所への提訴は許されない（（同一項）  
（二項））。

州法の領域に属する公法上の争いの管轄権は、州法によって他の裁判所の管轄に指定することができる（（同一項）  
（二段））。四十条は明確な指定を求めているから指定は連邦法、或いは州法に明文をもってなされなければならない。従って

同条の趣旨から見て従来の慣行による民事裁判所の管轄権は否定されたものと考えるのが至当であろう。

連邦行政裁判所法が概括条項（General Klausel）を採用し、且つボン基本法は行政裁判権を司法権による正規の裁判権と対等の独立の分枝として認めるから民事、刑事訴訟は通常裁判所に、公法上の争いは行政裁判所に管轄を区分せしめている原則規定に反する九六条一項の規定は、通常裁判権、および行政裁判権の機構の組織（司法権の組織）に関する限りその存在理由を失なっている。それ故裁判所構成法十三条、および行政裁判所法四十条によって基礎付けられている管轄に関する分立の原則によって導入された相互の管轄権の区別は次のことを要求している。即ち「私法上の争いは民事裁判所に、憲法上の性格をもたない公法上の争は行政裁判所に」。従って行政裁判所法四十条一項の指定による民事裁判所の管轄は排除さるべきであって、明白に公法上の争いである事件を民事裁判所の管轄に指定するのは違憲の疑いがある。

また一般の行政訴訟が財政裁判所に許されるか、どうかについては問題である。（註五）

なお行政庁が行政裁判所に要求される要件を具備する場合には、その決定に対しては抗告訴訟は許されない。（註六）

南ドイツ行政裁判法二十二条一項に、仲裁裁判所が決定をなす権限をもつ場合には行政裁判所の管轄権は排除されるという規定があった。現行行政裁判所法にはこのような規定はない。しかしながら同法一六八条一項五号の規定―その規定によって執行力のある公法上の仲裁々判所の仲裁協定、および仲裁々判所調停員の和解等が執行される―から行政裁判所法は仲裁裁判所による公法上の争いの裁定を予定しているといえよう。この場合南ドイツ行政裁判法二十二条一項と同様に行政裁判所の管轄権は排除されると考えるべきである。ただし行政行為の取消訴訟、執行の義務



付け訴訟の裁判についての争いに仲裁々定を求める協定は許されない。

行政庁によって行なわれる行政行為の取消請求、或いは行政行為の執行の義務付け請求等については仲裁々判所の管轄は認められない。

註一 基本法(Grundgesetz)十九条四項、「何人といえども、公権力によって自己の権利が傷つけられたときは、彼に争訟の手續が許されている。他の管轄権が証明されない限り、通常の争訟手續が与えらる。」

註二 1 行政訴訟の認容に対しては、訴において主張される請求の実際上の性質が標準となる (Bayern 州行政裁判所・一九五三・六・二六日判決)。

2 公法上の不当利得の訴訟に対しては行政裁判所が管轄権を有する (Düneberg 上級裁判所・一九五二・一〇・二二日判決)。

3 過剰返済、或いは不当に課せられた地方税の返還請求は行政訴訟である (Münster 上級行政裁判所・一九五四・九・八日判決)。

4 住宅問題の裁決庁において締結された和解の無効の確認には行政訴訟は許されない (Münster 上級行政裁判所・一九五〇・四・一七日決定)。

5 賠償事件の裁判は通常裁判所がこれをなす (Rheinland-Pfalz 上級行政裁判所・一九五七・二・五日判決一九五七・九・一九日決定)。

公務員関係に関する統一法の発行以来、公務員に対する賠償請求は行政訴訟である (Bayern 州行政裁判所・一九五七・一・一八日判決)。

6 保護義務違背にもとづく雇主に對する使用人の損害賠償請求は行政裁判所で主張できる (Hamburg 上級行政裁判所・一九五九・二・二六日判決)。

7 官庁傭人の再雇傭の請求の裁判は労働裁判所の管轄である (Münster 上級行政裁判所・一九五〇・二・一六日判決)。

8 公職に従事する傭人、および労務者の請求は労働裁判所が裁判を行なう (Stuttgart 行政裁判所・一九五一・一二・一二日判決・Münster 上級行政裁判所・一九五二・一〇・二九日決定、一九五五・六・一〇日決定)。

9 職業紹介所の解職告示に対して同意を与える行政行為の審査に対しては行政裁判所が管轄権をもつ (Hamburg 上級行政裁判所・一九五〇・五・一一日判決、munster 上級行政裁判所・一九五〇・七・二七日判決)。

10 官職にない獣医師の雇傭関係から生ずる財産権上の請求についての裁定に関しては行政裁判所が管轄権をもつ (連邦裁判所・一九五六・一一・二九日決定)。

11 公法上の林業組合の会員資格は公法上の法律関係である (Baden 行政裁判所・一九五八・二・一二日判決)。

12 公法上の法律関係の生ずる事実関係を主張する場合には、行政訴訟の提起が許される。その際にはこの主張の正当性、および原告によってなされる請求の法的価値が問題となる (Rheinland-Pfalz 上級行政裁判所・一九五一・一二・一一日判決)。以上管轄権の帰属に関する数多くの判決、および決定のうちからその一部を挙げておく。

註三 公法と私法の区別に関する学説については、佐藤立夫著「公法における理念と機能」のうち「公法と私法の区別を繞る一元及び二元学説の發展」を参照。

註四 国事裁判所は (Württemberg-Baden, Bremen, Hessen 諸州におつて) 憲法裁判所は Bayern Hamburg Nordrhe in-Wertfahren, Rheinland-Pfalz, Saarland 諸州に設立されている。Schleswig-Holstein においては憲法裁判所、および国事裁判所ともに設立されていない。同州においては州憲法規定三七条により連邦憲法裁判所が憲法上の争の管轄権を有する。

註五 行政訴訟、或いは一般の訴訟が財政裁判所に許されるか、どうかの問題に対する判決。

1 徴税拒否の為の税関員の告訴については行政裁判所が管轄権を有する (Dossendorf 行政裁判所・一九五四・一・一五日判決)。

2 酒税法の執行に際して酒の搬入資格を決定する税関の行政行為に対しては一般の行政裁判権をもつ裁判所 (行政裁判所) へ行政訴訟の提起が許される (Münster 上級行政裁判所・一九五六・八・二二日決定、一九五八・五・二二日判決)。

註六 裁判の公正を期するため司法権の独立を計り、訴訟当事者の人権を保障するため裁判所が具備すべき要件として、一定の手續（なかなづく審理の公開、口頭弁論、並びに聴問の保証、対審構造等）および裁判官の独立（外部からの指令に拘束されず、更に決議機関の長、および常任の職員は、終身官——少なくとも一定の期間の任命——で自己の意に反して——期間満了前は——その職を免ぜられないこと等）が挙げられるであろう。

## 第二節 行政裁判所の構成

### 第一款 序 説

行政裁判権は行政官庁より分離した裁判所がこれを行使する（註一二条）。

行政裁判所法によって行政裁判権は原則として行政裁判所、上級行政裁判所および Berlin に設置されている連邦行政裁判所（同二条）の三審制をもって行なわれる。

行政裁判所、および上級行政裁判所は州裁判所である。行政裁判所の数、所在地、管轄区域等は州法をもって定めている。二つ以上の州が共同して一つの上級行政裁判所を設置することは許されるが一つの州が複数の上級行政裁判所を設置することはできない。

なお第一審裁判所に対しては行政裁判所以外の名称を附することはできない。ただしその所属する州名を冠することとは差しつかえない。

一般行政裁判所は<sup>註二</sup>長官、複数の部長、および必要な数の裁判官から構成される。行政裁判所には特別機関として上席会議（das Präsidium）が設置される。上席会議は長官、部長（複数）および二人の古参裁判官によって構成され、部の職務割当を行なう。行政裁判所法によって現在では、総ての一般行政裁判所に上席会議がおかれている。

行政裁判所は長官、または部長を長とし部において裁判を行なう。部は三人の裁判官、および二人の名与裁判官によって構成される。名与裁判官は口頭弁論を経ない決定、および予備決定には参与しない（四条一・三項）。

上級行政裁判所は長官、部長（複数）、必要な数の裁判官から構成される（九条）。上級行政裁判所においても上席会議が部の職務の割当を行なう。

上級行政裁判所は九条三項の規定に従い、三人の裁判官の合議により裁判を行なう。しかし州法をもって、部は二人の名与裁判官を含めて五人の裁判官の合議をもって裁判を行なうことを規定することができる（九条）。それ故上級行政裁判所の部の構成は行政裁判所の部の構成とは異り州によって様ではない。

連邦行政裁判所は長官、部長（複数）、必要な数の裁判官をもってこれを構成する（二〇条）。各部えの職務の割当ては上席会議がこれを行なう。部は原則として五人の裁判官の合議をもって裁判を行なう。ただし口頭弁論を要しない決定は三人の裁判官の合議をもってこれを行なう（二〇条三項）。

上級行政裁判所、および連邦行政裁判所には大法廷が設けられる（二一条一項）。

大法廷は長官、および六人の裁判官をもって構成される（二一条）。大法廷は法律問題について連邦行政裁判所の一の部が他の部、または大法廷の決定（裁判）と異なる裁判をなさんとする場合（三一条一項）、または一の部が原則的な法律問



題について大法廷の決定を求めんとする場合に裁判を行なう<sup>(四項)</sup>。また州法につき争いのある場合、上級行政裁判所  
の大法廷が終極的裁判を行なう<sup>(条二)</sup>。

## 第二款 裁判官

### 一 専任裁判官 (Hauptamtliche Richter)

専任裁判官は終身官である。裁判官は裁判所構成法<sup>(二条)</sup>の規定する裁判官適格資格を有する者、または行政上級  
職の適格資格を有し<sup>(条一七〇)</sup>、少なくとも大学において三年間法律学を専攻し、三年間の行政事務を経験した後、法定  
の試験に合格した者<sup>(条一七四)</sup>、または参戦者に対する規定を充足している者<sup>(条一七四)</sup>の中から任命される。ただし連邦行  
政裁判官は満三五年に達した者でなければ任用されない<sup>(三五条)</sup>。

### 二 兼任裁判官 (Nebenamtliche Richter)

上級行政裁判所、および行政裁判所には他の裁判所の終身裁判官、または大学の法律学(単科大学を含む)の正教授  
を二年間以上の期間を定め兼任裁判官として任命することができる<sup>(一六条)</sup>。

兼任裁判官の任期は専任裁判官としての任期を超えることはできない。大学の正教授の任命の場合にはその大学に  
おける職を失う。しかしその地位を保全することは許される。在職の期間は辞令に記載されねばならぬ。在職期間の  
記載を欠く任命は、期間を定めざるものと見なされる。

行政裁判官としての任命期間(任期満了)前、退職、または辞職によって専任裁判官たることをやめたときは、兼

任裁判官の職を終る。任命期間中、任命庁がその任命を取消すことは裁判官の独立を侵害するから、任命期間中の任  
命の取消は許されないし、また取消権の留保も許されない。これによって兼任裁判官の身分上の独立が保証される。

兼任裁判官の任用資格は、他の裁判所の終身裁判官であって、一五<sup>二</sup>条二項、または一七<sup>四</sup>条の規定する任用資格を  
もつことを要する。

兼任裁判官が期間を定めず、または二年に満たざる期間任命され、或いは任用資格<sup>(一五<sup>二</sup>条二項、一七<sup>四</sup>条)</sup>を有しない者が任命さ  
れた場合、その兼任裁判官の協力する裁判所の構成は違法である。専任の期間の終了後、兼任裁判官として止どまる  
場合にも専任期間満了のときより、また同様である。

兼任裁判官は裁判長の職を行なうことはできない。また一の部においては兼任裁判官一人、または次に述べる補助  
裁判官一人以上は裁判に関与できない<sup>(一八条)</sup>。

### 三 補助裁判官 (Hilfsrichter)

上級行政裁判所、および行政裁判所には行政補助裁判官をおくことができる<sup>(一七<sup>七</sup>条)</sup>。補助裁判官は兼任裁判官と同  
様に、連邦行政裁判所には任命されない。補助裁判官に任用されうる者は一五<sup>二</sup>条二項の裁判官任用資格を有すること  
を要する<sup>(条一七)</sup>。従がってこの資格を充足する限り、弁護士、陪審裁判官も補助裁判官として任用されることができ  
る。ただし上級行政裁判所においては、行政裁判所、または他の裁判所の正規の裁判官のみが補助裁判官として任用  
されうる<sup>(一七<sup>七</sup>条)</sup>。補助裁判官は正規の裁判官ではないから基本法九七<sup>二</sup>条二項の身分上の独立を有しない。

正規の裁判官が病気、その他の理由によって欠けたとき裁判所の任務が一時的に加重された場合に、この事態を克



服するために運用さるべきであつて、この点で補助裁判官制度は慎重に運用される必要がある。正規の終身裁判官以外の補助裁判官は少なくとも一ヶ年の一定期間任用される<sup>(二七条)</sup>。任命のとき官吏でない者は在職中官吏法上の官吏としての身分を取得する。任期満了前の解任は許されない<sup>註三</sup>。従つて違法に解任された場合にも、その職を遂行することができ。また取消権の留保は許されない。部の参与については兼任裁判官の項参照。

#### 四 名与行政裁判官 (Ehrenamtliche Verwaltungsrichter)

行政裁判所、および上級行政裁判所には、必要な数の名与行政裁判官がおかれる。名与行政裁判官の任期は四年である。

名与行政裁判官に任命されうる者は、一五条二項に規定する任用資格を有し、且つ満三〇年に達しているドイツ人で前年中、選任さるべき裁判所の管轄地に住所を有することを要する。

任命は以上の資格を有する者を、名与行政裁判官被選候補者とし、候補者名簿を作成して名簿の中から選出委員会が選出する<sup>(二六条・二九条)</sup>。名与行政裁判官に選出された者は、その就職を拒否することができる。名与行政裁判官の数は各長官によつて各人が最高一年一二回の正規の公判に出席しうるように定められる<sup>(三七条)</sup>。

従つて長官は毎事務年度の当初において、名与行政裁判官が公判に出席すべき順序を定めなければならぬ<sup>(三〇条)</sup>。各部には一二名の名与行政裁判官の名簿、および予見し得ない事故に際し代理人出席のために裁判所管轄地域内、またはその近隣に居住する名与行政裁判官の補助名簿が備置されなければならない<sup>(三三条)</sup>。

州法が上級行政裁判所えの名与行政裁判官の関与を定める場合にもまた同様である<sup>(三四条)</sup>。

名与行政裁判官の法的地位 名与行政裁判官は正規の裁判官と同等の権利をもつて口頭弁論、および公判手続きに関与する<sup>(一九条)</sup>。即ち裁判官としての総ての権限と義務を有する。従つて名与行政裁判官は独立であり法にのみ拘束される<sup>註四</sup>。それ故自己の決定に影響を与えるがごとき指令、および付託を受け入れてはならないし、またそれらに拘束されてはならない。名与行政裁判官はその職務執行中は職務行為外においても裁判官職務規定に従わねばならない。しかし名与行政裁判官は官吏法上の官吏ではない。けれども一定額の報酬が与えられる<sup>(三二条)</sup>。

名与行政裁判官は行政裁判所において不断に協力しなければならぬ。しかし口頭弁論を要しない判決、および決定には関与できない。上級行政裁判所においても州法をもつて名与行政裁判官の関与を定める<sup>(三四条)</sup>。

### 第三款 公益代理人 (Vertreter des öffentlichen-Interesses)

#### 一 連邦弁護人 (Oberbundesanwalt)

連邦 (公益) 弁護人は連邦行政裁判所にのみ置かれる<sup>(三五条)</sup>。

連邦弁護人は裁判官任用資格を有しなければならない<sup>(三七条)</sup>。連邦弁護人は連邦行政裁判所から独立した機関である。

連邦弁護人は独自の官庁である。その組織は連邦政府が基本法八六条二項に則つて規定する<sup>註五</sup>。連法弁護人は行政訴訟外においては、連邦行政裁判所と同等関係に立つ。連邦政府の命令は、連邦弁護人を拘束する。これに反して連邦内閣、および他の官庁には連邦弁護人は拘束されない。

連邦弁護人の任務は、公益の保護である。従つて連邦弁護人は公益保護のため、連邦行政裁判所に係属中のすべて

の訴訟に参与できる<sup>(三五条)</sup>。公益の保護は不服の申立をなされた行政庁、或いは公共団体の利益と一致する必要はない。何よりも先づ、何が正しいかがその基準となる。それ故連邦弁護人は原告の有利にも不利にも訴訟に参与しうる。万一異議を申立てられた行政庁と意見の不一致がある場合には、連邦政府がこれを決定する。連邦弁護人の訴訟関与について、何人といえどもそれを請求する権利を有しない。連邦政府に命令されざる限り、連邦弁護人は自己の裁量に従い訴訟に参加するか、どうかを決定することができる。連邦弁護人の主たる任務は訴訟が全体のため、いかなる意義をもつかを審査することである。従って連邦弁護人の訴訟における法的地位は、訴訟当事者としての地位である。連邦弁護人はその権限の委任をなすことはできない。連邦行政裁判所は連邦弁護人に意見表明の機会を与えねばならぬ<sup>(三五条)</sup>。

## 二 公益代理人

上級行政裁判所、および行政裁判所には、州政府の命令により一人の公益代理人がおかれる。代理人については連邦弁護人に関する諸規定が準用される<sup>(三六条)</sup>。公益代理人は公益弁護人としての職務のほか、一般の事件、または特別な事件について州、または州行政庁の委任にもとづき州の代理人となることができる<sup>(三六条)</sup>。

### 第四款 書記官 (Urkundsbeamt)

各裁判所には事務局がおかれる。事務局には必要な数の書記官が配置される<sup>(一三)</sup>。各事務局は一人、または一人以上の書記官並びに必要な数のその他の職員から構成される。書記官の一人が事務局長となる。

書記官は官吏法上の官吏である。官吏として書記官は、裁判所の管轄領域に属する職務(特に裁判所の司法行政に属する職務)を行なう。記録係として書記官は調書を取り、議事録を作成し、謄本、および抄本を賦与し、他方、官署として訴訟の受理を審査し、出納、送達、および召喚に関する事務を行なう。その上書記官は、一五一条(書記官の決定に対する異議申立て)、一六四条(費用の決定)等の場合には司法官としての身分を保有するものと考えられる。

書記官は法律によって委託された任務を独立して、且つその責任において執行せねばならない―書記官は裁判官の単なる助手ではない―。

註一 行政裁判所法一条における行政裁判権なる語は、その概念を機能的な意味における行政裁判権として特徴づけ、且つ一般的な行政訴訟が行政裁判所法四〇条に規定される限り、行政権の領域内での司法権の行使を意味している。また行政裁判権なる語は行政裁判所による司法権の行使を表現するために(G, Jellinek)且つ他の国家机关特に行政庁に対立して裁判所に専属する権限の対象を示すための概念表徴として用いられている。その限り行政裁判権は権限上の意味を有している。要するに行政裁判権という表現は、究極には組織的な意味をもち、制度としての行政裁判権、国家の裁判権の独立の一分肢としての行政裁判権と呼ぶことができる。

註二 本説では第一審裁判所たる州行政裁判所と区別するために、一般行政裁判権をもつ裁判所、即ち州行政裁判所、上級行政裁判所、連邦行政裁判所を総称する語として一般行政裁判所という語を当てる。

註三 Uie;Recht, Staat, Wirtschaft 3bd

S.206~288参照

註四 基本法二〇条三項

「立法は憲法秩序に従い、執行権および司法は法律および法に拘束される」。

註五 基本法八六条

西ドイツ行政裁判所(藤谷)



「連邦が、連邦固有の行政官庁によって、または連邦直轄の公法上の社團もしくは営造物によって法律を執行しようとするときは、連邦政府は、その法律に特別の規定がない限り、一般行政規則を制定する。一般行政規則は、法律が他の何らかの規定をしない限り、官職の組織を規定する」。

### 第三節 行政裁判所の権限

#### 第一款 序 説

行政裁判所の任務は、司法統制をなすことによって間接的には国政の適正な運用を期待するとともに、直接には公権力による不法な侵害から人民の権利、自由を保障するためにあることは既に第一節で述べた。

公権力の乱用による権利、自由の侵害は、これを二つに分けて考察することができる。その一つは、事実行為による侵害であり、他の一つは行政行為ににもとづくものである。

前者は公権力を現実に行使するもの、即ち執行機関の故意または過失にもとづく違法な行為によって、権利、自由に加えられる侵害であって、その侵害は継続的な性質を有しないから特に長期に亘るもの（たとえば強制収容）以外は、原則として訴の利益がなく従って抗告訴訟の提起は許され<sup>註一</sup>ない。事実行為による権利自由の侵害に対しては損害賠償、もしくは原状回復による以外に救済の方法はない。

これに反して行政行為による権利、自由の侵害は行政行為が事実行為でなく法律行為であるから、その違法な法律行為が正当な権限を有する行政庁によって取消されるか、またはその他の正当な事由によって（たとえば期限の到来）それが効力を失うにいたるまで、その行政行為による権利、自由の侵害の状態が継続するのを原則とする（たとえば営業の許可、不許可、または土地の用途指定を考えて見よ）。それ故その権利、自由の侵害に対しては、その行政行為を違法なものとして取消を求め、取消の確定をまつて、はじめて侵害されている権利、自由が救済される。

行政行為の本質は具体的な法律効果の発生を目的として行なわれる行政庁の意思表示である。かかる意思表示の有効な限り、万一それが違法な法律効果を発生せしむるため（故意、または過失によつても）なされる場合には、人民の権利または自由の侵害が生じ、その意思表示が違法なものとして、取消されない限りその侵害は継続する。従つて侵害を救済するためには処分庁が自己の意思表示を取消すか、監督庁が処分庁に取消を命じ、または処分庁に代つて自から取消すか、または裁判所が提訴にもとづき、裁判所の裁判による取消の宣告をまつて、はじめて行なわれる。前者は行政内部の自主的規制であり、後者は司法権による救済である。

次に人民は、どのような公権力の行使（行政行為）に対してそれを違法なものとして行政訴訟を提起しうるであらうか。

行政訴訟の歴史的発展から見て、行政裁判所の審査の基礎をなすものは列記主義と概括条項である。

列記主義は法律によつて許された一定の事件についてのみ行政訴訟を可能ならしめるものであり、これに反して概括条項は、すべての事件に関して行政裁判所による権利の保障が国民に保証されるという事を意味する。

ドイツにおいては一九三三年までは、一般に列記主義が採用されていたが、その後、一九四五年概括主義が全面的

に採用されるにいたるまでの期間は、Preussen 州行政裁判所法、Bayern 行政裁判所法等限られた領域に行なわれたに過ぎなかった。一方、概括条項は一九三三年までは、Württemberg Sachsen Thüringen および Hansa において行なわれていたにすぎなかったが、一九四五年以降、ドイツ連邦共和国の各州において制定された行政訴訟法の基礎となった。

現行行政裁判所法は、その四〇条において一九四五年以降に制定された他の行政訴訟法と同様に概括条項を採用した。四〇条がすべての非憲法的性格をもつ公法上の争いに対して、原則的に行政訴訟を認めたことにより、概括条項は広範な活動の余地を与えられている。

概括条項は、ボン基本法および多くの州憲法にも採用されている。基本法一九条四項は、民事裁判所に補充的権限を与えている。しかし、この補充的な管轄権は公権力による権利侵害のあるときには行政裁判所法四〇条の規定により、通常の行政裁判権を有しない裁判所（たとえば民事裁判所、労働裁判所、財務裁判所、社会裁判所等）の管轄権が証明されない限り、常に行政訴訟が許されるから行政裁判所法施行後は、再びこれを活用することはできない。基本法一九条四項の規定は、法定期間内に行政訴訟を提起することを怠った人に民事裁判所への出訴権を与えていない。

概括条項は、公権力に対して独立な行政裁判所による権利の保障を充分に保証する。それ故、人民は決して行政の独裁に引渡されることなく、それとともに法治国に不可欠な法の保証を与えられているだけでなく、それはまた行政部として自己の行為の合法性に一そう細心の注意をはらうことを余儀なくさせ、それによって行政部の専断的行為を防止する。

しかし、概括条項の導入と、いかなる訴訟（行政訴訟）を提起しうるかは、別の問題である。訴訟が許されるかどうかの問題は、訴の利益があるかどうかの観点から考察されるべき問題である。

行政裁判所法は四二条一項に「訴によって行政行為の取消、並びに執行の拒否された行政行為、或いは不履行の行政行為の履行の判決を求めることができる」と規定し、また四三条一項に「原告が即時確認に正当な利益を有するときは、訴により法律関係の存在、または不存在、或いは行政行為の無効の確認を求めることができる」と規定することによって取消訴訟（Anfechtungsklage）、義務付け訴訟（Verpflichtungsklage）および確認訴訟（Feststellungsklage）の三つの訴訟を原則的に認めている。

法律によって認められているこれ等の訴訟について行政裁判所が、異議を申立てられた行政行為につき、いかなる点まで審査して裁判（判決）をなすことができるかが、行政裁判所の権限に関する問題となる。

行政裁判所の権限は、行政裁判権に服する問題に限定されることは当然である。この領域にのみ行政裁判所による統制の主要問題またはその対象が存在する。行政裁判所による審査には、裁量権の審査と合目的性の審査とを区別する必要がある。

## 第二款 適法性の審査

行政裁判権の領域内では行政裁判による審査は、原則として適法性の審査に限定される。行政行為の適法性の審査は、これを取り消す訴訟における場合と、無効確認の訴訟の場合とに区別して考察することが必要である。



違法な行政行為も、無効な行政行為も、その成立に当って法定の要件に準拠することなしに（故意または過失）行なわれるものであるが、判決をもって取消されるべき行政行為は、判決の確定をまっしてはじめて行政行為としての効力を失うものであって、判決に至るまでは当然有効な行政行為である。これに反して無効な行政行為は、その当初より行政行為としての効力を有しない行為である。

無効な行政行為は当然違法な行政行為であるから、行政裁判所は行政行為の無効確認訴訟においては、その違法性について審査すべきことは勿論であるが、無効なものとして異議を申立てられた行政行為の違法性が、その行政行為を何故に無効ならしむるかについて判断を加えねばならぬであろう。

次に行政裁判所は行政庁によって運用された規定が、真に有効な法であるかどうかを審査することを要する。

行政裁判所はまた他の分枝の裁判所のように法規の審査権（規範統制権）を有する。これについては第四款で述べる。

### 第三款 裁量権の審査

裁量行為は、裁量権の濫用、または裁量権の踰越が存する場合にのみ、行政裁判所の審査に従う。

裁量権の踰越は、立法者によって定められた裁量権の範囲を無視することであるから、法の侵害である

（連邦行政裁判所法一五條二

項南ドイツ行政裁判法三六條、行政裁判所法一〇四）  
條 Rheinland-Pfalz 行政裁判所法二三條一項）。

裁量権の濫用はまた法の侵害である。このことは現在では、行政裁判所法一一四條—行政庁が自己の裁量に従っ

て、行政行為を行う権限を有する限り、裁判所はその行政行為或いは行政行為の拒否または不履行が、裁量の限界を踰越したという理由で、或いは授權の目的に反する方法で裁量が行なわれているという理由で、違法であるかどうかを審査する—の規定によって承認されている。それによると行政裁判所は、裁量行為、または裁量による申請にかかわる行政行為の拒否、或いは不作為が適法であるかどうかを審査する。

立法者は、基本法一九條四項による権利保障の原則によって裁量権の行使を審査すべき法律問題となすことを強要されていない。反対に裁判所（行政裁判所）は憲法の規定が侵害されざる限り、行政決定に裁量の余地、または判断の余地を認めることができる。

行政裁判所は原則として、行政処分の合目的性の審査権をもたない。裁量権の枠内において行政庁が合法的に多くの決定をなす余地のある場合に裁判所は、これに干渉することはできない。裁判所が行政行為の合目的性を考察して行政当局と全く異った決定に達するとしても、裁判所は自己の決定を行政庁の裁量決定に代えることは許されない。しかし例外規定もある。たとえば耕地法によって裁判所は、一九五三年七月一四日耕地整理局が同法一四六條に規定する事件において合目的な方法で自己の裁量権を行使したかどうかの審査を行なった。この規定は行政裁判所法一九〇條によって依然として効力を有している。

### 第四款 判決

他に別段の規定のない限り裁判は、判決をもって行なわれる（七〇）。行政裁判所の行なう判決は訴の目的に従って、

原則的には給付判決、形成判決、確認判決の三種である。

行政訴訟の主要な判決は、抗告訴訟にもとづき発せられる形成判決である（その反対は破毀判決である）。形成判決によって不服を申立てられた行政行為は取消される。

訴訟をその審級において全部または一部完結せしめる判決は、終局判決である。多数の請求の中の一つの請求または請求の一部等についてのみ、或いは本訴および反訴とがあるときに本訴または反訴についてのみ裁判をなす場合、客観的訴の併合および主観的訴の併合および主観的併合の場合に、一つの訴または一人の被告の訴等についてのみ裁判がなされる場合等、訴訟の一部のみを終了せしめる判決は一部判決である。一部判決に対しては独立して、上訴による不服の申立とをなすことができる。

また、たとえば訴の許可<sup>(九〇)</sup>、給付訴訟の根拠<sup>(一一)</sup>、または訴の変更の拒否<sup>(九二)</sup>等についてのような個々の争点についての裁判をなす中間判決をすることができる。

抗告訴訟および義務付け訴訟の判決に関しては、一一三条その他の特別規定が適用される。一一三条は次のように規定する。

① 行政行為が違法であり、且つそれによって原告が自己の権利を侵害されている限り、裁判所はその行政行為および異議裁決を取消す。行政行為が既に執行中であるならば、裁判所は申立てにもとづき、行政庁がその行政行為の執行を取消すべきこと、および、その方法を宣言することができる。この判決は行政庁が前述の状態にあり、且つ、事件が判決の下せるまでに審理の済んだときのみ許される。行政行為が既に撤回その他の方法で解決されていると

きは、裁制所は申立てにもとづき原告が違法の確認につき正当な利益を有するときは、その行政行為が違法であったことを判決をもって宣言する。

② 取消請求を受けた行政行為が金銭給付、或いは他の代替物または確認に関するときは、裁判所は他の額による給付を定め、または確認を他のものに代えることができる。

③ 行政行為の取消と同時に、給付が求められるならば、同一訴訟で給付判決をなすことが許される。

④ 行政行為の拒否、或いは不履行が違法であり、それによって原告の権利が侵害されている限り、裁判所は事件が判決に熟しているときには、行政庁が申請にかかる行政行為を履行すべき義務を有することを宣言する。他の場合には（事件が判決に熟していないときには）裁判所は裁判の法解釈に従って原告に決定をなすべき義務を宣言する。

抗告訴訟において訴が理由あるとき、即ち行政行為が違法であり、且つそれによって原告の権利が侵害されている場合には、当該行政行為および異議裁決のある場合にはその異議裁決を取消す判決がなされる。行政行為および行政行為と結び付き、或いは単独で抗告訴訟の対象とされる異議裁決等は、裁量権の濫用の点からもまた、これを取消すことができる<sup>(一一四条)</sup>。連邦憲法裁判所の判決によると、現実には裁量の自由をもつにかかわらず、法律に拘束されていると信じて行動した場合にも法律上の誤りが存する<sup>註二</sup>。

行政行為が既に執行し終った場合に、申立てにもとづき裁判所は、判決が可能であり且つ判決に熟したときは、行政庁がその執行の取消をなすべきこと、および方法を宣言することができる。この規定から既遂の行政行為に対しても抗告訴訟を提起することができるのは明白であらう。



訴の提起以前に既に撤回またはその他の方法によって解決した行政行為に対しても、抗告訴訟が許されると説くのが通説である（*Bayera* 行政裁判所一九）。しかし訴の提起後、完結した行政行為について判決——所謂、不真正な確認判決——によって裁判がなされ得ることが一般に認められている。この場合、裁判所は申立てにもとづき当該行政行為は違法であったということを宣言する。しかし、これらに対しては一一三条一項四段に明白に要求されているように、原告が確認に対して正当な利益を有するということが前提条件となる。連邦行政裁判所の裁判によると、この確認が既に係属中の民事訴訟において裁判官を拘束し、且つその民事訴訟の勝訴に明らかに貢献する場合には、かかる正当な利益が認められている。<sup>註三</sup>同様に、当該行政行為の反覆のおそれがある場合には、かかる裁判所への権利保障の必要が認められる（一九六〇・三・一日の判決）。これらの場合原告が先に提起した行政行為取消申立てを違法確認の申立てに換えないときは、その訴は不適法として却下される。

行政裁判所法一一三条三項によって、行政行為の取消とともに給付の請求をなし得る場合には、給付の判決を求めることができる。これは、四二条一項の意味での義務付け訴訟を指すのではなく、判決によって取消されるべき行政行為にもとづいて支払われた金銭の払戻し、または行政行為の効果の排除のごときものを意味する。

行政行為に対する抗告訴訟において不服の申立てをなされた行政行為が確認的行政行為であるか、或いは金銭その他、代替物の給付に関するものである場合には、判決は単なる取消判決（破毀判決）に限定されない。このような場合には行政裁判所の判決において確認を他のものに換え、または他の金額の給付を定めることができる（<sup>一一三</sup>条二項）。それ故、この場合には行政行為は単に破毀されるのではなく、これを変更することができる。

元来、給付訴訟であり、且つ行政行為の拒否、または不作為に向けられる義務付け訴訟に対しては特別規定が適用される。この場合には一一三条一項四段、一一四条、一一五条の文面の意味については裁判によって、なお多くの点が明確にされる必要がある。拒否されまたは不作為の行政行為の執行の訴において問題となる判決は義務付け判決である。行政行為の拒否または不作為が違法であり、且つそれによって原告が権利を侵害されている場合、または行政行為の拒否が裁量の誤った行使にもとづき、且つ状況から見て唯一の裁量決定のみが明白に問題となる場合等には義務付け判決がなされる。

罰金を規定する一七二条——行政庁に対する罰金規定——は一一三条四項による判決によって行政庁に課せられた義務、並びに一一三条一項二段において言渡された行政行為の効果排除等の履行を保証する。

判決の効力 訴訟物に付き裁判がなされる限り、確定した判決は当事者およびその権利継承人を拘束する。行政裁判所の裁判は実質的確定力および形式的確定力を有する。

判決が通常の上訴——控訴、上告、抗告——により最早これを取消すことのできない場合には、判決は形式的に確定する。

実質的確定力とは、同一事件につき、他の訴訟において先に確定したる判決と異なる裁判をなすことを許さない効力をいう。この効力は形式的確定力から生ずる。この実質的確定力を裁判をなしたる裁判所を拘束する羈束力ともいう。

判決の主文のみが確定力を有し、判決の理由は確定力を有しない場合もある。

実質的確定力および形式的確定力は事情により、一五三条による再審手続または六〇条による原状回復の申立てによつてこれを遮断することができる。場合によつては給付訴訟の判決は民事訴訟法の規定を準用して変更することもできる<sup>(一七三条―民事訴訟法、)</sup>。  
<sup>(裁判所構成法の準用規定)</sup>。

#### 第五款 規範統制 (Normenkontrolle)

法律により憲法裁判所の管轄に指定されない限り、上級行政裁判所は州法の規定に従い、申立てにもとづき、自己の管轄権の領域内で州法にもとづく命令、または州法の下位にあるその他の法律命令の効力の審査をなすことができる<sup>(四七条)</sup>。

かかる規範統制は従来、南ドイツ各州および Bremen の各行政裁判法等に規定されていた。現在、規範統制を規定している州は Baden-Wurtemberg, Bayern, Bremen および Schleswig-Holstein 等である。

州法による規範統制手続が実施せられる場合、四七条の原則を遵守せねばならぬ。即ち上級行政裁判所は自己の管轄権の領域内でのみ―四〇条において一般行政権に指定された法領域内においてのみ―規範統制手続をなすことができる。裁判の対象となる規範としては州法上の規範のみが問題とされ、連邦法上の規範には及ばない。且つこの場合には、更に、州法による命令または地方公共団体および地方公共団体連合体の命令のごとき州法の下位にある他の諸規定が問題とされ、州法律は規範統制の対象とはならない。

上級行政裁判所による規範統制は、それに対して憲法裁判所が権限を有する場合には排除される。

審理は申立てにもとづいてのみなされる。規範統制の申立てをなし得る者は、その規範の適用によつて不利益を蒙り、または近い将来、不利益を蒙るおそれあるすべての行政庁、自然人および法人である。しかし、民衆訴訟は許されない。

裁判は決定をもつてなされる。裁判をなす部は九条三項―部の裁判に関する規定―を準用して五人の裁判官をもつてこれを構成する。上級行政裁判所のこの決定に対しては、連邦行政裁判所への上訴は許されない。上級行政裁判所が現実には連邦法による規範であったにかかわらず、誤つて州法上の規定と考えその効力を否認した場合には、その規範統制の効果と裁判の訂正の問題が生ずる。

その規範の効力が否定された場合、上級行政裁判所は、その規範の公布と同一形式で決定を公布せねばならぬ。効力を否定する決定（是認する決定ではない）は一般的拘束力を有する。

抽象的規範統制は法律が客観的権利の侵害の抽象的確認を許すことを意味する。規範統制の裁判所による決定は規範にとつて代るものである。それ故、裁判所は規範統制によつて、実質的な立法機能を行使することになる。しかし、既述のごとくその規範はその時の法構成に従つてのみ「法律上無効のもの」と宣言され得るにすぎない。

抽象的規範統制は、それに関係をもつか、または近い将来、それと関係をもつに至るかどうかに関係なく、すべての人が法規の違法性または行政行為を含めた行政命令の違法性を主張し得る民衆訴訟と区別されることを要する。このような制度は現行の行政裁判所法の一般に認めないところである。

註一 ここでは執行機関の意に用いた。行政庁、行政機関および執行機関については、行政法の基礎知識（有斐閣）のうち第四行政庁と行政機関の項参照。



註一 判決集三卷二九七頁。  
註三 判決集九卷一九六頁。

## あ と が き

条文に法律名のないものは、行政裁判所法のそれである。

行政裁判所法の条文は Eyermann-Fröhler, *Verwaltungsgerichtsordnung-Kommentar* の中に引用された原文にもとづいて、できるだけ原文に忠実に和訳しておいた。

本編を記すに当って参考にした文献は、註にあげたもののほか左の著書を用いた。

- (1) E. Forsthaff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts I. Band* S.461～498. 1958.
- (2) Eyermann-Fröhler, *Verwaltungsgerichtsordnung-Kommentar*. S.61～639 1960,
- (3) Turegg-Karus. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* S.308～431. 1962.
- (4) C. H. Ule, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*. S.19～203, 1962.
- (5) C. H. Ule *Verwaltungsprozessrecht*. S.18～233. 1963.
- (6) Wittern, *Grundriss des Verwaltungsrechts*. S.133～148. 1965.
- (7) C. F. Menger, *System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes* S.165～179. 1954.